C. J. N. D. N. J. C.

DISPUTATIO INAUGURALIS JURIDICA,

De

VI & EFFICACIA

CLAUSULÆ
Mit oder ohne Recht.

QUAM

Occaſione L. Creditores. 3. C. de Pign. & hypoth.

Auctoritate & Decreto

Magnifici, Nobiliſſimi & Ampliſſimi

JCTORUM ORDINIS.

In Illuſtri hac Argentoratenſium Univerſitate

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Pro ſummis in Utroque Jure Honoribus & Privilegiis Doctoralibus ritè conſequendis

Solenni Examini ſubjicit

JOHANN: GOTTFRIED GENZ,
Dreſdenſis.

Ad 6. diem Mart. horis l. q. conſuetis

ARGENTORATI,
Typis JOHANNIS WELPERI.
ANNO M. DC. LXIX.

I. N. D. N. J. C.

PROOEMIUM.

QUod vulgo dicitur, *malos mores occaſionem præbuiſſe Magiſtratibus ad bonas ferendas leges*, id commodiſſimè etiam dici poteſt de omnibus illis privatorum legibus, quas diſpoſitionibus, conventionibusque rerum ſuarum, imprimis verò contractibus imponere ſolent, quales ſunt pacta, cautelæ & clauſulæ, ad evitandas ſcil. fraudes & perfidiam eorum, quibuscum agimus, contrahimus, vel gerendum quid committimus. Sicuti enim leges publicæ moderantur, & frenum quaſi imponunt ſceleratis, ita etiam hujusmodi pactis adjectis, cautelis, clauſulis nihil aliud intenditur, quam ut id, quod conventum, bonâ fide præſtetur, quod juſſimus, fiat,

verba voluntasque noſtra exitum ſortiatur, uno verbo, iniquitates calumniantium expellantur. Atque harum nonnullæ adeò antiquitati probatæ fuerunt, ut etiam Principes iisdem autoritatem dederint, paſſimque in voluminibus Juris annotatæ legantur. Inter quas præ cæteris laudandæ ſunt illæ à Cajo Aquilio Prætore, de dolo malo coërcendo, conſtitutæ formulæ, quarum mentio fit *in t. t. ff. & C. de dolo malo. & l. 19. ff. Rat. rem haberi. l* 13. §. 5. *ff. de Accept. l.* 6. 17. 19. *judic. ſolv. l.* 4. §. 16. *de Except dol. mal. l.* 22. 119. 121. *de V. O. quas etiam Weſenbecius ex Cic. l.* 1. *&* 3. *de offic.* veriſſimum malitiarum omnium everriculum dicit, *in Parat. de dol. mal. n.* 2. Cum enim tàm multæ hominibus ſint viæ ad malitiam, *Nov.* 22. *c.* 15. hasque præcludere & illis reſiſtere, legis ſit proprium. *Nov.* 74. §. 2. *in præf.* Ita proviſionum harum contrahentium, dico cautelarum & clauſularum proprium & conventiones & diſpoſitiones firmare. Etenim ab his, non ſecus ac corpora à nervis, vim omnem & robur tam Principum diplomata, quam privatorum diſpo-

diſpoſitiones & conventiones obtinere, nemo vel in foro negotiisque mediocriter verſatus, ignorare poteſt. Animus quidem non eſt profundum & immenſum illarum tentare, quippe qui me imparem tanto labori & gravitati facilè ſentiam, remittens potius Benevolum LECTOREM *ad Martam, Capollam, Barboſam, Vital. de Cambanis, Celſ. Hugonem & alios*, qui integra Clauſurarum & Cautelarum exhibent volumina. Sed ex innumeris illis unam hanc tantùm clauſulam, quæ vulgo efferri ſolet, **Mit oder ohne Recht** / ſeligere, eamque poſtquam mihi ab Ampliſſimo JCTORUM Collegio poſtexantlata examina Doctoralia Diſputationem conſcribendi, & ſolenniter ſine Præſide habendi, data eſt facultas, loco Diſputationis Inauguralis tractare, & nonnihil penitius tàm ipſius originem, quā vim & efficaciam ſcrutari, animum induxi. Quod dum præſtare aggredior, invocato prius Numinis Divini auxilio, veniam à benevolo LECTORE impetrare neceſſum habeo, ut, ſi tumultuariâ forſan operâ, non omnia eo, quo quidem decet, modo, ſint

 propoſita,

propoſita, ſingulari ſuâ benevolentiâ & humanitate excuſare, & æqui bonique conſulere velit, imprimis cum ingenii mei tenuis ſupellex & iter inſtans neceſſarium propter obitum Matris chariſſimæ, piè defunctæ, vix aliud admittant, adeò ut peremtoriè quaſi citatus, brevitati potius ſtudere, quam debitâ cum diligentiâ ipſam materiam elaborare queam.

THESIS I.

Nihil autem moraturus ſum voces **Recht/ ohne Recht** / quidq; ſignificent, maximè in ipsâ connexione, utpote cum in acceptione vulgari vocabulum Recht derivari à latino voc: Rectum, & ohne Recht dici id, quod minus eſt rectum, omnibus notum ſit. Artificialiter verò ſeu juridicè, Recht/ idem eſt, ac jus, ſeu potius regula, quâ jus & rectum probari ſolet, atque ita ohne Recht/ ubi regula vel remittendo, vel intendendo nonnihil flectitur; Non quod hoc non jus, ſive ohne Recht / iniquitatem & injuſtitiam importet; ſed quod ſingulariter & ex certâ ratione, propter conventionem partium regula in totum exigi nequeat; quod tamen æque juſtum eſſe poteſt, licet regula efficaciam ſuam & officium aliquatenus perdat: Sanè in Receſſu Spiræ *de Anno* 1600. §. Gleicher geſtalt. 32. placuit Imperatoris cæterorumq; Imperii Statuum Commiſſariis, vocabu-

vocabula hujus clauſulæ, Mit und ohne Recht / ita explicare, ut voc: Mit Recht/ in oppoſitione ad Proceſſum executivum, idem ſignificet, quam proceſſu juris ordinario aliquid exigi oportere: Ohne Recht/ verò, omiſſo illo proceſſu ſtatim ab executione incipere ita ut ad implorationem partis mandata etiam ſine clauſula decerni poſſint; de quibus infra latius diſſerendi commodior erit occaſio.

II.

Apparet autem ex dicto Receſſu, clauſulam hanc etiam aliis æquipollentibus & plenioribus interdum proponi verbis, nempe: Einem Macht und Gewalt geben / ſeines Gefallens gegen den verſchriebenen Gütern zu verfahren / und ſich an den Pfanden oder Gütern mit oder ohne Recht bezahlt zu machen. Item: Mit Gericht Geiſtlich oder Weltlich / oder ohne Gericht ſich ſeiner Unterpfanden zu nähern. It: Seines Gefallens in oder auſſerhalb Rechtens ſein Unterpfand zu ergreiffen. *vid. Rüding. 3. obſ. 63. & Roding. lib. 1. Proceſſ. Camer. tit. 12. n. 45. pag. m. 182.* Ubi etiam ob haſce clauſulas in Camera ita pronunciatum eſſe, teſtatur, & duo præjudicia annotat. Quibuscum conveniunt illæ clauſulæ pro Libitu: Item de jure & de facto, de quibus videri poſſunt *Marta & Barboſa d. d. tract. de Clauſulis.* Sed quid, ſi debitor omni meliori modo ſe obligaverit, ſine mentione facta executionis, adjecto tamen juramento, An juramentum illud tantam habere poterit efficaciam, ut mandata ſine clauſula decerni debeant? Quæ quæſtio cum ſit deciſa eodem Receſſu Imperii de *Anno* 1600. §. Wann in einer Verſchreibung oder

Obligation

Obligation. 33. ita ſcilicet, quod juramentum inſtrumento obligationis inſertum, quacunq; ratione præſtitum fuerit, viam executivam operari non debeat, neque mandatum ſine clauſulâ promereri, ſed ſaltem pro confirmatione obligationis habendum ſit. Ideò ulterius in illam inquirere operæ videtur abundantis. Conferatur hîc *Roding. d. l. §. 46. p.* 183.

III.

Præmiſſis hiſce generalibus, luſtrabimus nunc magis ſpecialia: Ubi omnium primum hujus clauſulæ origo inquirenda venit; qua de dicere licet, quod de quibuscunque aliis, quæ moribus introducta dici ſolent, earum originem plerumque ignorari. Neque etiam operæ pretium eſſe videtur, hanc curioſius inquirere, cum ſufficiat in aprico eſſe eam uſu nunc & olim ſemper obtinuiſſe, atque etiam obtinere, nec crediderim quempiam, qui vel minimam, quid foro obtineat, notitiam habet de eo dubitaturum. Illud tantum animadverto apud Interpretes, an etiam apud Romanos olim hujus clauſulæ uſus quispiam, & quæ efficacia fuerit, in dubium vocatum fuiſſe, quorum quidam id negârunt, quidam verò affirmârunt, hiq; fundamentum hujus ſuæ opinionis poſuerunt in *l. 3. C. de pign.* Verbis *Conventionis legem ingreſſi, poſſeſſionem exercent, &c.* Quaſi Imperatores in dicto reſcripto comprobent hanc conventionis legem, ut liceat creditori etiã citra autoritatem Magiſtratus, & citra ſpolii & violentiæ vitium fundũ hypothecæ ſuppoſitũ propriâ autoritate ingredi & poſſidere. Placet itaq; circa *d. l. 3. C de pign.* pauliſper ſubſiſtere, ſenſũq; & mentẽ reſcripti Imperatorum nonnihil penitius inveſtigare; Quod ut tantò explicatiùs fiat, verba ipſa *d. l. 3.* ſubjiciamus, quæ hæc ſunt: *Iidem*

Iidem AA. Maximo.

Creditores, qui non redditâ ſibi pecuniâ, conventionis legem ingreſſi poſſeſſionem exercent, vim quidem facere non videntur: attamen autoritate Præſidis poſſeſſionem adipiſci debent. P. P. *Kal. Maji. Antonino A.* II. *& Geta* II. *Coſſ.* 206.

IV.

Ubi ipſius legis inſcriptionem & ſubſcriptionem, qui nempe ſint Imperatores reſcribentes, quis ille ad quem reſcripſerunt, quibusque Conſulibus, anno & die publicata fuerit, non morabimur, cùm qui Imperatores reſcribentes fuerint facile ex *l.* 3. *C. d. t. de pignor.* repeti poteſt, nempe Imperatores Severus & Antoninus pater & filius, de horum ut & alterius Conſulis Getæ Antonini Fratris vitâ, conſulendi ſunt Hiſtorici Romani, & imprimis *AEl. Spartianus in Sever. Imper. Antonin: Caracall: & Antonin. Geta, Ioh. Cuſpinianus in Commentar. ad Aurel. Caſſiodor. Conſul. ad ann. Chr.* 208.

V.

Sed brevitati ſtudens ad ipſam legem me converto: Ubi primo loco inquirenda eſt ipſius caſus figuratio, circa illam Doctores nonnihil variant; Nam alii diſtinguunt inter ingreſſum & adeptionem poſſeſſionis, ita quidem, ut verbum *debent* explicandum dicant pro *poſſunt*, & allegant *l.* 4. *§.* 6. *l.* 5. *ff. de offic. Proconſ. & Leg. l.* 1. *C. quomod. & quand. jud. l.* 8. *ff. de offic. Præſ. l.* 7. *§.* 1. *ff. de reb. eor. qui ſub tutel. l.* 12. *pr. l.* 14.

 §. 13.

§. 13. *de Relig. & ſumpt. fun.* ex quibus concludunt, ſpeciale pactum habentes non adſtrictos eſſe judicem adire, quanquam civilius faciant, ſi Præſidiali autoritate jus ſuum exerceant. Alii verò docent, de jure veteri, adeoque ex mente Imperatorum Severi & Antonini argumento dictæ hujus *l.* 3. & Diocletiani & Maximiani, per *l.* 11. *C. de pignor. act.* licuiſſe ingredi poſſeſſionem rei ſibi hypothecatæ, ſi contrahentes ita convenerint. Non autem ex novo Jure Juſtinianeo, quippe quo per Magiſtratum omnia & tantum peragi fas ſit, ne occaſio ſit majoris tumultus faciendi, *l.* 176. *de R. l.* Sed cum non facilè à proprietate verborum debeamus recedere, niſi reſultet juri contrarius intellectus, aut alterius legis contradictio, prioresque leges Juſtinianeæ omnes loqui videantur de caſu, in quo nulla præceſſit talis conventio: Ideò nos proprietatem verbi *debent*, ſicut fit in *l.* 1. *pr. ff. de Edend. l.* 1. §. 1. *ff. quod quisq. jur.* pro neceſſitate & coactione retinentes, talem formamus caſum.

Maximus accepit à Mævio mille Imperiales mutuo, inque ſecuritatem crediti hypothecam eidem conſtituit in fundo Tuſculano, hoc inſuper adjecto pacto, ut ſi intra biennium pecunia non eſſet ſoluta, permiſſum ſit Mævio fundum hypothecæ ſuppoſitum, etiam non implorato judicis officio, propriâ autoritate occupare: Cum itaque intra tempus conſtitutum à debitore fides non præſtabatur, Mævius ſecundum conventionem fundum ingreditur, atq; hactenus legem conventionis detinendo exercet fructusq; percipit. Maximus igitur quaſi vis ſibi facta, rem ad Imperatores detulit, qui Maximo reſcripſerunt: Mævium, quoad fundum hypothecatum ſecundum legis

conventionem ingreſſum, vim quidem non feciſſe; ratione autem poſſeſſionis & perceptionis fructuum debuiſſe autoritatem Magiſtratus adhibere.

VI.

Ex hoc ipſo caſu emergunt duæ imprimis quæſtiones, earumque deciſiones. (1.) Utrum Creditor ex pacto convento intrans poſſeſſionem, teneatur de vi? (2.) Utrum poſt ingreſſum, ſi velit fructus ex re hypothecatâ retinere, debeat officium Judicis ejusq; autoritatem implorare? De utrâque non leves ſunt Doctorum altercationes, tùm propter variam verborum in hac lege explicationem & lectionem, tùm propter inſigne rationum & legum pondus, quæ in contrarium militare creduntur. Ad quarum conſiderationem antequam progrediar, Benevolum LECTOREM ſummoperè rogito, ne ſibi perſuaſum habeat, me tàm arrogantem eſſe, ut conciliando controverſias Doctorum mihi perplacere cupiam, ſed ſaltem veritatis indagandæ & ingenii vires excitandi gratia, quicquid id operis in me ſuſcepiſſe. Itaque legis noſtræ duo ponimus axiomata & concluſiones. (1.) Creditorem, qui ex conventione rem hypothecatam occupat, non teneri de vi. (2.) Creditorem, ſi velit fructus retinere & colligere, cogi autoritatem Magiſtratus implorare.

VII.

Cùm autem, ſicuti dictum, tot & tantæ ex ipſis verbis noſtræ *l.* 3. & ex aliis rationibus, legibusque obveniant rationes dubitandi, tàm circa duas illas deciſiones, quàm ipſam deductionem *Clauſulæ* Mit oder

 ohne

ohne Recht ex hac *lege* 3. non immeritò eaſdem primo loco, deinde rationes decidendi, & reſponſiones ad contraria, tandem de ipſius clauſulæ effectibus nonnulla ſumus propoſituri.

VIII.

(1.) Inter dubitationum verò momenta primum locum obtinere poteſt ipſum vocabulum *Creditores*, tanquam ſubjectum hujus legis: Quod cùm tantum de contractu, & in ſpecie de mutuo, propter verba ſubſequentia: *qui non redditâ ſibi pecuniâ*, ſit intelligendum; noſtra verò clauſula ejusque explicatio in dicto Receſſu Imperii in genere de quibusvis creditoribus hypothecariis accipienda, ita ut non ſolùm contractui mutui, verùm etiam tanquam acceſſoria contractuum, aliis accedere poſſit: videatur *d. l. 3.* minùs commodè noſtræ huic clauſulæ applicari poſſe.

IX.

(2.) Nec ſilentio prætereunda ſunt verba noſtræ conſtitutionis, *Conventionis legem*; quippe quæ aliàs admodum ſunt generalia, ita ut conventio ad omnia pertineat, quæ tàm contrahendi, quàm tranſigendi causâ fiunt, adeò ut Pedius *in l. 1. §. 3. ff. de Pact.* dicat, *nullum eſſe contractum, nullam obligationem, quæ non habeat in ſe conventionem.* Sic etiam vocabulum *Legis* ſuprà explicatum vix patitur applicationem ad clauſulam noſtram, quia conſtitutio & ſanctio legis privatis perſonis non competit.

X.

(3.) Magnum quoque obſtaculum duplex poſitio vocabuli *poſſeſſionis* nobis movet; manifeſtum

eſt

eſt enim ex integro ferè titulo *ff. de Acq. vel Am. Poſſ.* illum poſſidere, qui animo ſibi habendi poſſidet; ut adeo talis occupans vi hujus clauſulæ non poſſit dici poſſidere, cùm, uti infrà patebit, nil niſi detentionem & cuſtodiam conſequatur.

XI.

(4.) Obſtare videtur ulterius *l. 55. ff. de furt.* ubi creditor, rem pignoratam auferens, etiam ſine præcedente noſtrâ clauſulâ, non videtur ut fur contrectare, vel cum vitio poſſidere: Ut adeò non videatur neceſſum, ut pactum tale adjiciatur. Si enim in neutro occupationis caſu apparet violentia, ſed juſta eſt poſſeſſio; fruſtranea quoque erit quæſtio, utrum ingreſſores teneantur de vi, & utrum poſſeſſionem ex officio Magiſtratus adipiſci debeant.

XII.

(5.) Nec prætereundæ ſunt *l. 5. l. 33. ff. de A. vel A. P. l. 18. pr. ff. de vi & vi arm.* Ubi emtor rem emtam propriâ autoritate occupans dicitur prædo; Multò magis igitur creditor prædo dicendus erit, qui priusquam poteſtatem occupandi poſſeſſionem à judice accipit, propriâ autoritate illum ingreditur. Nam emtor majus jus per illam emtionem accipit, cum immediatè ſoluto pretio dominium conſequi poſſit; & ideò, cùm res quaſi ſua ſit, tantò liberiùs cum illâ agere poſſe videatur. Contrà verò creditor per hypothecam ſolum jus in re accipit, & per poſſeſſionis occupationem nil ampliùs acquirit, quàm detentionem & cuſtodiam in ſecuritatem crediti, non verò dominium, niſi juxta *tot. tit. C. de jur. Domin. impetr.*

XIII.

(6.) Huc etiam referendum, quod nonnulli è Doctoribus putaverint, ne quidem conſuetudinem vel ſtatutum poſſe introduci, per quod vigorem aliquem tale pactum poſſit obtinere, *arg. c. fin. extr. de conſuetud. l. 2. C. quæ ſit long. conſuet. 2. F. 1.* quaſi ſit irrationabile, iniquum, injuſtum, contra bonos mores, derogans autoritati Magiſtratus, anſam præbens tumultibus, rixis, turbis, & ſeditionibus; adeóque in liberâ Republicâ minimè tolerandum. Si ergò ſtatutum hujusmodi propter turpitudinem nullius momenti eſt, multò minùs pacta privatorum vim aliquam obtinebunt. *arg. l. 15. ff. de condit. inſtitut.*

XIV.

(7.) Turbare videtur *l. 10. ff. de Iuriſdict. l. 17. ff. de Iudic. l. un. C. Ne quis in ſua cauſ.* In quibus expreſſa continetur prohibitio, ne ſibi quis in propriâ causâ jus dicat; At qui taliter occupat, licet ex conventione, ſibi quaſi judicem fieri, manifeſtum eſt.

XV.

(8.) Neque parum offendit, quod pactis privatorum non poſſit derogari juri publico. *c. ſi diligenti. extr. de for. compet. l. 20. de Relig. & ſumpt. fun. l. 38. ff. de pact. l. 1. §. 9. ff. de Magiſtr. conven. l. 11. §. 1. ad L. Falcid. l. 45. §. 1. de R. I. l. 7. ff. de poſtul.* Illud ipſum autem eſt Jus publicum, ut ordo judiciarius ſervetur, libellus offeratur, lis conteſtetur, probationes fiant, ſententia in ſcriptis feratur, atque ita jus reddatur, leges publicum ſtatum reſpicientes firmentur &c. *l. 55. ff. de leg. 1.*

XVI.

XVI.

(9.) Denique non omittendum, quod ex hac *l.* 3. vix poſſit probari, tacitam hypothecam fuiſſe conſtitutam, quippe quæ ob ſingularem prærogativam in certis cauſis & perſonis demum obtinet, v. g. in bonis mariti propter dotem, in bonis Tutoris propter res pupilli, in rebus in prædium urbanum invectis ex cauſa locati conducti. Jam verò in noſtro caſu nuda tantùm apparet conventio de ingrediendo, non verò de hypothecâ; Aliud enim pactum hypothecarium, aliud pactum de ingrediendo.

XVII.

Et hæc quidem pro rationibus dubitandi ſolent diſputari: Cæterùm decidendi rationes hinc peti poſſe videntur, (1.) Quod ea, quæ ab initio in contractibus ſint voluntatis, poſtea fiant neceſſitatis, *l.* 5. *C. de Obl. & Act. c. Quod ſemel. de R. I. in* 6. *l.* 39. *C. de Transact. l.* 7. *C. de Reſcind. vend. l.* 1. §. 1. *ff. Naut. caup. ſtab. l.* 36. §. 1. *ff. de Iud. l.* 17. §. 2. *ff Commod.* Niſi fortè ambo conſentiant circa diſſolutionem; Nam nihil tàm naturale eſt, quam eo modo aliquid ſolvi, quo quid ligatum, *l.* 35. *ff. de R. I.* Sed interdum etiam invito altero licet recedere; ut in depoſito, *l.* 1. §. 40. *ff. depoſit.* in Locato, *l* 3. *C Locat.* neceſſitate ſcil. urgente, e. g. ſi conductor malè utatur re conductâ, vel ædes ſint reficiendæ, vel dominus probaverit neceſſarias eſſe ædes propriis uſibus, illamque neceſſitatem ex poſt facto ſuperveniſſe, *l.* 54. §. 1. *ff. Locat. l.* 3. *C. eod.*

XVIII.

Occaſione hujus *l.* 3. *C. Locat.* operæ pretium me facturum arbitror, ſi quæram hîc cum Doctoribus,

Utrum

Utrum ad exemplum locationis prædii urbani, etiam in prædio ruſtico locator ante tempus expellere poſſit conductorem invitum? Affirmativam tenet *Carpzov. part. 2. Conſt. 37. Def. 6. n. 11.* autoritate præjudicii in causâ Thomæ Harres zu Thœſa ann. 1598. menſ. Jul. Negativam verò tuetur *Hahn. ad Weſ. tit. Locat. n. 15. p. m. 1058.* ut & *Sichard. ad d. l. 3. C. Locat. n. 6.* ob rationem, quia deciſio *d. l. 3. C. locat.* non ſit extendenda, quippe odioſa, & contra naturam contractus, & ita ſtricti juris, *arg. l. 2. §. 16. ff. ne quid in loc. publ. l. 14. ff. de LL.* Et hanc ſententiam juvat hac vice amplecti, quam non videntur infringere verba finalia: *Aut tu malè in re locatâ verſata es*, utpote generalia, quaſi etiam præcedentia certam ſpeciem non inferant. Nam, quia certi caſus in hac *l. 3.* denominantur, in quibus à locatione diſcedere quis poſſit; non licet inde à diverſis argumentari, & quod uno caſu generaliter definitum, idem ad alterum quoq; trahere.

XIX.

(2.) Maximum decidendi momentum poteſt ex pragmaticâ ſanctione *ann.* 1600 §. Gleicher geſtalt. ejusque explicatione & præjudiciis ſupra allatis deſumi, adeò ut, quantum ad Jus Imperii noviſſimum, id in dubium vocare nemo auſit: Sed idem Juri Juſtinianeo convenire aſtruunt magnorum virorum autoritates, quibus me accedere par fuit.

XX.

(3.) Quia cuilibet licet legem rei ſuæ adjicere, quam velit, *l. 20. §. 1. ff. de pact. dotal. l. 40. ff. de pact.* & rem ſibi ſuam facere deteriorem, modò ne jus publicum lædatur, *l. 27. de R. I. l. 38. 42. l. pen. ff. de pact. cap.*

12. ext.

12. *extr. de for. compet.* aut boni mores violentur, *l.* 6. *§.3.ff. mandat. l.* 57. *ff. pro ſoc. l.*35. *§.*2. *ff. de contr. emt.*

XXI.

(4.) Quia nihil tam congruum fidei humanæ, quam ea, quæ inter homines placuerunt ſervari, *l.* 1. *pr. ff. de pact. l.*11. *§.*1. *ff. de Act. emt.* maximè, ſi apertum ſit neutrum aliter voluiſſe contrahere, quàm ſub mutuâ obligatione, *l. f. C. de pact. inter emt. & vend.*

XXII.

(5.) Si creditor jure ſuo utatur, & legem conventionis exerceat, nemini poteſt dici inferre vim vel injuriam, per *l.* 13. *§.* 1. *ff. de injur. l.*55. *de R.I. l.*24. *§. fin. l.* 26. *ff. de damn. inf. l.*1. *§.*12. *ff. de aqu. & aqu. pluv. arc.* Poſſent quidem plura adduci pro ſtabiliendâ noſtrâ opinione, ſed temporis anguſtia nos vetat eſſe longiores, quare ad reſolutionē contrariorū nos accingimus.

XXIII.

Ad (1.) reſpondetur, illam rationem dubitandi vix obtinere; cùm appellatione creditorum non ſolùm contineantur illi, qui pecuniam mutuò dederint, ſed etiam, quibus quâcunq; actione vel perſecutione quid debeatur, *per l.*10. 11. *ff. de V.S.* à quibus etiam invitis exigi poſſit debitum, *l.*108. *de V.S.* Quia ſi alicui debeatur quid ex delicto, creditoris loco habetur, *in l.*12. *de V.S.* & mulier repetens dotem creditrix dicitur in *l.*31. *ff. ſolut. matr.* Vocabulum quoq; *Pecunia* interdum omnes res corporales & incorporales, & quicquid homines habent, ſeu quorum domini ſunt & habentur, comprehendit, *l.*4. 53. 97. 178. 222. *de V.S. l.*1. *§. f. l.*2. *ff. de calumn.* Itaq; dicemus in noſtrâ lege mutui quidem fieri mentionem, ſed exempli tantùm gratiâ, non verò

C exclu-

excluſivè, quaſi in aliis contractibus & obligationibus clauſula illa ſubeſſe non poſſit. Nam & teſtatorem poſſe legato hanc legem adjicere non dubitamus, non obſtante *l.5.C.de leg. & tit.ff. Quod legat.* ut ſc. Legatarius rem legatam propriâ authoritate poſſit occupare; Quod enim in contractibus eſt licitum, multò magis in ultimis voluntatibus erit permiſſum, quippe quas ut plurimum privilegiatas eſſe, ſatis conſtet. Sic multa in teſtatorũ favorem ſunt conceſſa, quæ inter vivos ſunt prohibita, Et *arg.l.22.ff.de leg.2.l.11.C.eod.* ubi traditione opus non eſt, ſi ipſe teſtator vivus rem legatam tradiderit.

XXIV.

Ex hac ipſa interpretatione hujus vocabuli, quòd ſcil. omninò hoc pactum obtineat quoq; in aliis contractibus, referenda hæc quæſtio: utrum etiam hæc clauſula ad ſucceſſores tranſeat? Manifeſtum eſt enim ex *l.13.C.de O.& A.l.8.C.depoſ.* quod hujuſmodi, quæ perſonam non comitentur, tertio poſſeſſori non poſſint præjudicare. Verum enim verò cum hujus quæſtionis deciſio dependeat ex illa; Utrum ſcil. hoc pactum ſit reale, an verò merè perſonale? ideò lubet prius fundamenta & rationes, cur ſcil. jus reale, non perſonale creditor ex illo conſequatur, præmittere. Potiſſima autem deducitur ex *l.9.ff.de ſerv.export.* Ubi manus injectio in ſervum, eâ lege venditum, competit licet tertius eum ex emto poſſideat. Si itaque venditor, qui non habet jus in re, manu injectâ poteſt legem conventionis exercere contra tertium poſſeſſorem; multò magis creditor, qui ante ingreſſum habet jus in re, ſc. tacitam hypothecam, *arg.l.18.C.de pign.* Maximè cum pacta, tanquam acceſſoria, principalis contractus naturam imitentur. Neque infrequens iis

ipſis

ipſis jus aliquod in re conſtitui, *arg. §. fin. Inſt. de ſervit. l. 17. §. 2. ff. de pact. l. 4. ff. de pignor.* Poſito itaque, quòd pactum noſtrum inducat jus reale, conſequens eſt, id omninò etiam ad ſucceſſores pertinere, cùm certi & manifeſti juris ſit, ea, quæ jus in re continent, tranſire ad ſucceſſores tàm ſingulares, quàm univerſales; ubi contra ea, quæ perſonam concernunt, eandem egredi non ſoleant.

XXV.

Ad (2.) Reſpondetur; hoc in loco duo illa vocabula conjunctim eſſe accipienda & explicanda ex *l. 10. C. de pact. l. 52. de V. O. l. 1. §. 6. depoſ. l. 23. 24. de R. I.* quod ſcil. idem ſignificent ac formam contractui adjectam. Nam legem dare contractui nihil aliud eſt atq; eidem conſtituere formam; ut ſcil. appareat, in quantum valeant vel non; quæ adjecta, quæ detracta, quæ imminuta. In hiſce autem verbis ipſa ſedes atque fundamentum continetur noſtræ clauſulæ; quòd ſcil: *Lex conventionis* nihil aliud ſignificet, quàm, ex hoc pacto licentiam datam creditori, vel cum vel ſine via juris rem hypothecatam ingrediendi, &, ſi velit fructus colligere, poſſeſſionem authoritate prætoriâ impetrandi. Quibus ſi adjungimus ipſum Receſſum Imperii, deprehendimus, quòd ſi is, cui per hanc clauſulam poteſtas ingrediendi data eſt, (quod conſultius) velit Præſidem adire, illiusque autoritatem ratione ingreſſus implorare, liceat Præſidi vi hujus clauſulæ ſine admiſſione ordinarii proceſſus viâ ſtatim executivâ, denegatâ licentiâ debitori cauſam reſiſtentiæ vel exceptiones allegandi, rem illam oppignoratam adjudicare; ut ita tàm Creditori, quàm Judici poteſtas data ſit ab executione incipere.

 XXVI.

XXVI.

Cùm itaque hactenus dictum ſit, proceſſum in hoc noſtro caſu poſſe inſtitui ab executione, non prætereundum eſt, utrum ſcil. mandata ſine clauſula decernere ſit juſtum, & legibus conforme? Nam innuere videntur *l. 1. C. de Execut. Rei judic. l. 58. ff. de re jud. l. 9. §. 1. ff. de offic. Proconſ. & Leg.* quòd mandata ſine clauſula non valeant, cùm ab executione non ſit inchoandum; adeò ut ſi is, cui abſque clauſula mandatum eſt, mandato non pareat, in pœnam adjectam incidiſſe dici non poſſit. Nam cùm hæc mandata ipſo jure ſint nulla, impunè illa ſpernere & non parere poſſumus, *arg. l. 33. C. de Decur. l. 4 de ſentent. & interlocut.* Quia verò in noſtro caſu præ nobis militat pragmatica ſanctio, Receſſ. ſcil. Imper. *de ann.* 1600. *§.* Gleicher geſtalt *& l. noſtra 3. junctâ. l. pen. C. de pignor. act.* lubet ſolummodo ulterius allegare. *l. 1. §. fin ff. de Fer. l. 5. §. 10. 11. ff. de Oper. nov. nunt. l. 16. de Appell. l. 6. §. 9. ff. de Injuſt. rupt. irrit. fact. teſtam.* Ex quibus ſatis luculenter apparet, in certis caſibus, & certis ex cauſis, e.g. neceſſitatis, utilitatis publicæ, quando periculum eſt in morâ, vel ſubeſt grave ſcandalum &c. poſſe judicem & partes recedere à Jure communi, & à diſpoſitione juris aliàs prohibitivâ incipere etiam de Jure Civili, *Gail. 1. obſ. 13.*

XXVII.

Ad (3) reſpondetur; Opus quidem fuiſſet ſubjicere explicationem vocabuli, quid ſcil. ſit poſſidere & in poſſeſſione eſſe, quid naturaliter & civiliter poſſidere; & in genere aliquid efferre de ambiguitate hujus termini; At cùm *Ampliſſimus* DN. D. REBHAN. *Patronus & Præcept. meus plusquam filiali amore colendus* accura-

accuratiſſimè ac copioſiſſimè illa omnia in Hodoget, Juris *p.808. & ſeqq.* explicaverit, non immeritò benev. Lectorem ad eundem remitto. Saltem hoc notabo vocabulum poſſeſſionis in noſtrâ lege tertiâ primo loco accipi pro materia objectivâ, ſeu pro ipſo fundo qui hypothecæ conſtitutus eſt. Nam ſicut infrà patebit, per hunc ingreſſum nihil amplius conſequitur creditor, quàm nudam detentionem. Quia verò locutio illa, *ingredi detentionem vel cuſtodiam*, nimis horrida eſt, non item ingredi poſſeſſionem ſeu fundum cuſtodiendi & detinendi illius causâ: Ideò rectius me facturum arbitror, ſi vocabulum poſſeſſionis pro re ipſa hypothecata accipiam. Quam ſententiam corroborat, quòd interdum in jure poſſeſſio ſignificet rem immobilem, & poſſidere idem quod prædia detinere, *l.7. de incend. ruin. l.fin. §.15. de muner. l.1. §.4. de Rip. muniend. l.3. C. arbitr. tutel. l.8. l. fin. §. fin. C. de Compenſ. l.11. ff. de alien. judic. mut. cauſ. fact. l.5. §.10. ff. de Rer. eor. qui ſub tut.* Quod attinet alteram poſitionem vocabuli *poſſeſſionis*, explicatur illa per appoſitum verbum, *adipiſci*, nimirum, quod ſi poſt ingreſſum; imploratio officii judicis hujusque auctoritas acceſſerit, creditores poſtmodum revera poſſideant, & ſic fructus rei oppignoratæ poſſint colligere. Id quod ſatis manifeſtum eſt exinde; quod jam ingreſſi poſſeſſionem & ſic exercentes legem conventionis, jubentur autoritatem judicis adhibere. Nam ſi ſufficeret nudus ingreſſus; non opus haberent autoritate Præſidis.

XXVIII.

Ad (4.) reſp. Solent quidem nonnulli è Doctorib. *arg. l.51. ff. pro ſocio.* (ubi ſocius præſumitur re communi uti ſuo potius jure, quàm furti conſilium inire,

 niſi

niſi aliunde de dolo & injuriâ conſtet) diſtinguendo reſpondere: Utrum ſcil. creditor invadat pignus juris ſui conſervandi cauſa; quòd poſſeſſio careat omni vitio, licet nullum pactum præceſſerit; vel utrum animo improbo & in injuriam debitoris intret poſſeſſionem; quòd hæc violenta occupatio, non juris ſui conſervandi causâ facta, omninò mereatur pœnam. At propius ad rem accedit hæc explicatio, quòd ſcil. *l.* 55. oppoſita loquatur de pignore dato atque depoſito, quòd creditor ſine metu pœnæ poſſit auferre & retinere. Vel etiam poterit intelligi de tali caſu, quando quis pignus à debitore conſtitutum, non verò traditũ ab ipſo rogitat, acceptum verò retinet, reſtitutionem debitori denegans, donec ſibi ſatisfiat; Nam hujuſmodi creditor, qui utitur jure ſuo, non poterit accuſari de furto.

XXIX.

Ad (5.) reſp. Ipſam reſponſionem ad *d. ll.* obſtantes contineri in allegatâ *l. 5. de A. vel A. P.* ubi conceditur occupatio, ſi fiat ex voluntate ſeu conventione contrahentium; ideoq; *d. ll.* obſtantes tantùm intelligendæ erunt de caſu, quando emtor ſine conventione invito debitore, rem emtã aufert cum violentia, quòd tunc pro prædone ſit habendus; qui caſus tamen planè à noſtro eſt alienus, quippe qui ſolummodò obtinet, quando inter partes expreſsè convenit, illiq; renuntiarunt beneficio, quod contra invaſores violentes eſt inductum. Sic etiam allegata *l.* 18. diverſiſſima eſt à noſtra *l.* 3. Loquitur enim de tertio aliquo, qui mandato alterius, licet ſit dominus, alterum expellit, & quidem illo reſiſtente & prohibente; quo in caſu ambabus largior, talem à pœna immunem non eſſe, quippe qui mandatum illicitum ſuſcipiens contra le-

ges faciat, quæ neminem permittunt, cum violentiâ alterum expellere. In caſu itaq; tali, quando debitor reſiſtit, diſtinguendum potius erit; Utrum reſiſtat ſine causâ & ſolo verbo, e. g. *Proteſtor, ne intres prohibeo.* & poteſt hiſce non obſtantibus intrare ſine metu pœnæ, *l.13. ff. quod met. cauſ. l.7. C. Unde vi.* quia hæc ſola verba non poſſunt anſam dare ad ſeditiones & tumultus. Quòd ſi reſiſtat cum cauſa neq; nudo verbo, v.g. ſi dicat, pactum illud de ingrediendo eſſe revocatum; tùm occupatio erit prohibita; Multò magis, ſi utroq; caſu reſiſtat ipſo opere, ſcil. ingredienti objiciens corpus ſuum violenter, vel cum armis: Nam tùm adeò prohibetur ingreſſus, ut vix judex eū concedere poſſit.

XXX.

Ad (6.) Reſp. Negando, poſſe Statutum hujusmodi alicujus iniquitatis argui, multò minùs ex illo occupantem puniri. Nam qui ſecundum leges vivit, ab omni pœna liberatur, *arg. l.4. C. ad L. Jul. de Adult.* Lex enim noſtra & *l. pen. C. de pign. act.* talem ingreſſum permittunt. Neq; verò leges noſtræ hic offendere videntur, cùm hæc violentia non committatur per dolum, uti fit in delictis, *l.1. §.3. ff. ad L. Corn. de ſicar. l.1. ff. de eo, per quem fact.* Sed, qui intrat poſſeſſionem, id facit, ad cujus patientiam ſe debitor obligavit; conſentienti autem non infertur injuria, neq; dolus, *l.1. in fin. ff. de Act. emt. l.26. ff. de R.V. l.34. C. de Transact. l.109. de R.I.* Multò minùs poterit hoc pactum eſſe contra bonos mores; cùm nullam in ſe contineat turpitudinem, neq; lædat honeſtatem & pietatem. Neq; feneſtram aperit ullis tumultibus, rixis & ſeditionibus. Nam ſi largiùs regulam illam explicemus, fortè neq; illæ occupationes, quæ à Prætoribus ex primo vel ſecundo

decreto

decreto decernuntur, alienæ à tumultibus & rixis viderentur. Sicuti ergò illæ, tanquam licitæ, ex voluntate & juſſu Prætoris permittuntur, ita & hæ non erunt improbandæ; cùm deſcendant ex ipſa voluntate contrahentium; qui certè contractibus ſuis legem præſcribere poſſunt. Cæterùm penitus reprobamus occupationes violentas, quæ vel convocatis hominibus, vel adhibitis armis, vel violentâ reſiſtentiâ debitoris fiunt; quia in hiſce caſibus tumultus facilè excitari poſſe negari non poteſt; & ſolummodò ad proteſtationes verbotenus factas noſtrum caſum reſtringimus, ſicut ſuprà dictum.

XXXI.

Ad (7.) reſp illam ipſam regulam obtinere, quando præjudicium alterius ſubeſt; quod tamen huc de debitore dici nequit, quippe qui juri ſuo renuntiavit, & creditori poteſtatem hanc conceſſit. Ita etſi nemo vel ſibi vel ſuis jus dicere poteſt, tamen ſi litigans conſentiat in illum, neq; contra eum tanquam ſuſpectum excipiat, ſententiæ ejus ſtare poſtmodùm tenetur. Ergo debitor ſibi imputet, quòd jure ſuo per renuntiationem ſe privaverit, cùm aliàs vel propter hanc regulam invaſorem vel turbantem potuiſſet removere. Imò illa ipſa in generalioribus terminis ſubſiſtere nequit. Nam aliàs ſequeretur, quòd nec compenſatio nec retentio admittenda eſſet, cùm in illis pariter debitor idemq; creditor ſibi quaſi jus dicere videatur, quando vel debitũ compenſat, vel res alterius invito eo retinet.

XXXII.

Ad (8.) Reſp. Neq; noſtro caſui iſtam regulam obſtare, eo quòd hoc pactum & clauſula ab ipſis legibus civilibus *l. ſcil. noſtrâ. 3. l. pen. C. de pign. act. & Re-*

ceſſu

ceſſu Imper. ann. 1600. §. 32. ſit approbata & confirmata. Itaque quod à legibus ipſis eſt conſtitutum, quomodo id derogabit Juri publico?

XXXIII.

Ad (9.) Reſp. Hypothecam tacitam conſtitui variis modis. Nam ſicuti in rebus à conductore prædii urbani illatis, licet nihil ſit conventum, ipsâ lege hypotheca conſtituitur; adeò ut, ſi non ſolverit mercedem, eæ pignoris loco poſſint retineri: ita pariter ratio pacti & clauſulæ de ingrediendo & retinendo non aliam explicationem patitur, quàm quòd prius jus aliquod tacitè fuerit conſtitutum in re illa, antequam eam occupare poſſimus. Fruſtraneus enim aliàs ejus eſſet ingreſſus, & deriſoria quaſi conſtitutio, quia nemo, absque licentia ingrediens poſſeſſionem alienam non facilè excuſaretur de vi, quippe qui nudo illo ingreſſu nullam faciat violentiam, ſed tum demum, ſi ingreſſus ſit animo acquirendi; ideoq; propter conventionem talis ingreſſor in noſtrâ lege veniam impetrat. Quæ ſententia etiam poterit probari *arg. l.* 3. §. 2. *Qui pot. in pign.* Ubi duo fratres fundum pro indiviſo oppignoratum dividunt, ita ut alter prò parte diviſâ in totum ſatisfaceret creditori, hoc pacto, ut ſi ſolutionem frater diſtulerit, liceat ſibi partem illam, quam frater ex diviſione accepit, vendere, & debitum ſolvere; ut ita altera pars fundi, per judicem familiæ herciſcundæ adjudicati, ab onere nexuq; pignoris liberaretur. Nam aliàs creditor in utraq; parte hypothecam retineret, ſi debitum integrum non ſolveretur, *l.* 7. §. 4. *Quib. mod. hypoth. ſolv.* Cui caſui adjicit JCtus Papinianus, per illud pactum pignus eſſe conſtitutum, ita ut alter fratrum propterea partem fundum licitè

 poſſit

poſſit vendere. Si itaque ex hac conventione venditionis tacitum pignus eſt conſtitutum; omninò etiam erit pignus conſtitutum in conventione de ingrediendo fundo, cùm ingreſſus ille cauſam ſanè efflagitet, propter quam debeat fieri. Quo etiam facit ipſa rubrica noſtræ *l.* 3. quæ agit de hypothecis, ut adeò præſumtio non ſit ad aliam, quàm hypothecæ cauſam, eandem pertinere, cùm aliàs facilè potuiſſet tractatio hujus legis titulo commodiore & generaliore poni.

XXXIV.

Reſtat autem nunc, ut de effectu noſtræ clauſulæ breviter agamus. Quorum 1. reſpectu Judicis, quòd imploratus, non admiſſo Proceſſu ordinario vi hujus clauſulæ & autoritate *d. Rec. Imper. ann.* 1600. §. 32. ab executione incipere, & præciſâ debitori licentiâ exceptiones ſuas allegandi, poſſeſſionem creditori adjudicari queat.

XXXV.

Sed quid, ſi clauſula executionis in inſtrumento quidem reperiatur, non verò univerſaliter & *pro lubitu*, ſed in ſpecie tantùm ad bona hypothecata dirigatur, ita ut liceat creditori in certum eventum eadem occupare, & per judicem ſine viâ juris apprehendere; an mandata ſine clauſula decernenda erunt adverſus debitoris perſonam, ita ut debitor cogi poſſit ſtatim ad ſolutionem faciendam, omiſsâ re hypothecatâ? Puto affirmativam vix poſſe ſuſtineri (1.) quia hæc via executiva recedit à jure communi, ideóque ſtrictè interpretanda. (2.) Quia pariter in vera executione & re judicatâ per ordinarium juris proceſſum non licitum eſt contra perſonam ipſam procedere, quando certa aliqua res ex ejus bonis cuipiam eſt adjudicata, ſed

executio

executio omninò in re illa fieri debet, (3.) Quia executio contra perſonam directa multis modis difficilior debitori futura eſt, ut ideò invitus eâ onerandus non ſit. Semper enim aggravant ea damna & pericula, quibus obærati debitores aliàs affliguntur. Sæpè quoque parata non eſt pecunia, & graviùs aliâ re, quàm quæ olim in ſpecie oppignorata erat, carere. (4.) Quia negativæ ſolidum fundamentum habemus *Rec. Imper. Spir. de anno* 1600. §. Ob auch auff *Obligationes.* 31. Ita ſcil. ut liceat quidem citra proceſſum ordinarium per viam executionis bona hypothecata conſequi, non verò mandata ſine clauſulâ in perſonam ad exactionem ſolutipnis impetrare: Sic enim in cauſa Hundt & Conſort. contra Heſſen Darmſtatt. mandatum de dimittendo hypothecam erkandt / daß übriges begehren ratione ſolutionis abgeſchlagen. *d.* 17. *Sept. ann.* 1649. Idem factum in cauſa Neüburg contra Rotweyl. *ann.* 1646. 31. *Octobr.* Secus tamen ſi debitor ad utrumque in inſtrumento ſe obligaverit, e. g. Daß der creditor Macht haben ſolle / von dem debitore die Zahlung mit oder ohne Recht zu erzwingen / oder eigenes gefallens die Unterpfande mit oder ohne Recht anzugreiffen. Si enim ita ſe obſtrinxit debitor, dubium non eſt, quin mandata executiva, tàm de dimittendo hypothecam, quàm ſolvendo debitum, & ita tàm in perſonam, quàm in rem poſſint decerni. *Roding. lib.* 3. *tit.* 12. *n.* 45. *p.* 177.

XXXVI.

Alter effectus reſpectu debitoris in clauſulâ no-

impedimento illam in effectum deducere poſſit, idq; ea quoq; ratione, quia hæc clauſula æquiparatur Præſidis juſſioni. *l pen. C. de pign. act. l. 9. C. ſolut. matr. l. 1. C. Si in cauſ. judic. pign.* Illi autem, qui intrat poſſeſſionem ex decreto Judicis, nulla debet fieri moleſtia vel impedimentum. *l. 52. ff. de A. vel A. P. l. 13. §. 6. 7. ff. de Injur. l. 1. ff. & tot. tit. Ne vis fiat ei, qui in poſſeſſ. miſſ.* Quod tamen minimè gentium intellectum volo, quaſi quilibet ſine diſcrimine vi hujus clauſulæ ſeſe poſſit obligare, ita, ut Magiſtratus poſtmodum debeat mandata ſine clauſula decernere, ſed tantùm de illis accipio, quibus hæc poteſtas contrahendi & ſe obligandi eſt conceſſa. Nam neque res pupillorum cum autoritate tutorum, neque res dotales à Maritis poſſunt vel cum, vel ſine clauſulâ illâ pignorari, niſi in certis cauſis & caſibus ab ipsâ lege expreſſis.

XXXVII.

Sed quid, ſi Notarius ex ſtylo & conſuetudine clauſulam hanc è vulgatis formularum exemplaribus citra voluntatem contrahentium adjiciat, neque ipſe intelligat quid ſcribat, vel quid hæc clauſula in ſe complectatur? Ajo, incuriam & imperitiam Notariorum contrahentibus nocere non debere, ſi alia mens & voluntas contrahentium appareat: Neque enim verba plus operari debent, quàm mens diſponentium, *l. 9. ff. de condit. & demonſtr. l. 3. §. 9. ff. de Adim. & transf. leg. l. 7. ff. de Supell. leg.* Cujus rei præjudicium ſubjicit *Carpzov. part. 3. Conſt. 5. Def. 40. in causâ Blaſii* Großens zu Taucha *menſ. April. Anno* 1592. Quod licet de alio caſu ſit conceptum, ſcil. in clauſulâ donationi mortis cauſâ ſubjectâ, de non contraveniendo, revocando, nec contrafaciendo omnibus

bus iis, quæ in donatione illa ſint conſtituta, tamen cum ratio decidendi *Carpz.* ſit eadem ac noſtra, in cõſequentiam optimè applicari poterit. Quam ſententiam adeò arbitror eſſe veram, ut licet Notarius partibus præſentibus illam prælegerit, neq; verò explicaverit, vel nec ipſe effectum illius intellexerit, neq; contrahentes ita conveniſſe inter ſe apparuerit; nullũ clauſula obtineat valorem; cùm mandati fines egreſſus inſtrumentum ſecundum placitum & conventionẽ partium non confecerit; neq; ideò illis præjudicare poſſit.

XXXVIII.

Tertius effectus reſpectu creditoris eſt: Primò quòd ex pacto & licentia ingrediendi poſſeſſionem hypothecæ, poſt ingreſſum fiat tantùm cuſtos rerum, quas apprehendit, & nihil aliud conſequatur, niſi detentionem & cuſtodiam, non verò acquiſitionem, *l.* 10. *§.* 1. *ff. de A. vel A. P.* cùm aliud ſit poſſidere, aliud in poſſeſſione eſſe. Comparatur enim talis conventio *per d. l. pen. C. de pignor. act.* cum præſidiali juſſione. Jam verò qui ex primo decreto in poſſeſſionem mittitur, nihil acquirit præter nudam detentationem, *l.* 3. *§. fin. ff. de Acq. vel am. poſſ.* Sicuti enim nuda traditio non transfert dominium, niſi venditio vel alia juſta cauſa præceſſerit, *l.* 31. *ff. de A. R. D.* & nuda ratio non conſtituit quem debitorem, *l* 26. *ff. de donat. l.* 2. *§* 3. *ff. de dol. mal. & met. except.*. (In dubio enim traditio non præſumitur facta eſſe animo abdicandæ à ſe, & in accipientem derivandæ, vel transferendæ poſſeſ-

l. 16. §. 9. ff. de pign. Facit l. 19. pr. ff. de reb. cred. l. 3. §. 2. de O. & A. Ex quibus luculenter apparet, ex uno eodemque actu ſecundum diverſam intentionem agentium, diverſos fluere effectus. Quod ſi tamen præter ingreſſum etiam de fructibus ſpecialiter ſit conventum, & bona illa, hypothecæ conſtituta, à Prætore ſint adjudicata; omninò fructus exinde obvenientes vi hujus conventionis poterunt retineri.

XXXIX.

Alter effectus reſpectu creditoris eſt, quòd, ſi ex ſpeciali conventione, antequam autoritatem Judicis imploraret, poſſeſſionem hypothecatam occupaverit, excuſetur à vi, propter verba expreſſa: *vim quidem facere non videtur.* Pateſcit enim ex *l. 13. ff. Quod met. cauſ. l. 5. 7. C. Unde vi. l. 7. 8 ff. ad L. Iul. de vi privat.* Quòd, qui putat, ſibi quid deberi, neque id per Judicem repoſcit, contra jus faciat, & jus crediti vel dominium amittat, quin imò in pœnam tertiæ partis bonorum & infamiæ incidere poſſit; Non enim ſolùm vis eſt, ſi homines vulnerentur, ſed & tunc, quoties quis ſibi debitum per Judicem non exigit: Jam autem talis creditor, licet conventio interceſſerit, benè novit, hypothecam ſibi tantum eſſe conſtitutam, non verò acquiſitam; ideò verecundiæ & pudori ejus non convenit, ſi ſine autoritate Judicis occupaverit: Quam quoque ſequelam, ut verecundiæ admodum congruam, in tantum approbare neceſſum habeo, ut omninò creditoribus magis putem conſuli, ſi ſtatim ab initio autoritatem Magiſtratus implorantes, viâ executivâ poſſeſſionem accipiant. Nam, uti ſuprà dictum, Magiſtratus neceſſe habet defendere eos, quos in poſſeſſionem miſit. Neque tamen negan-

dum,

dum, à pœnâ præſtitutâ planè fieri immunes, ſi ex lege & vi illius conventionis poſſeſſionem intraverint. Cujus aſſertionis ratio cùm ſuprà *in rationibus reſpondendi & decidendi* ſatis explicata fuerit, ideò in præſentiarum ea repetere ſupervacuum eſt.

XL.

Fortaſſis nonnulla quoque ſubjicere fas eſſet de Jure Albinagii, de Inſtrumento guarentigiato, & aliis ad hanc clauſulam noſtram propè accedentibus; Verùm temporis penuria, & iter inſtans neceſſarium, ſicut ſupra præoccupavi dicere, tale quid non admittunt; Ideò finem huic diſſertationi imponere neceſſum habeo. Sit DEO TER OPTIMO MAXIMO pro Divinâ ſuâ aſſiſtentiâ Laus, Honor & Gloria!

INter eos, quorum ſtudiis aſpirat Apollo
Atq; benigna Themis, GENTIUS enituit.
Inter eos, quorũ mores Charis atq; Venuſtas
Largè condecorant, GENTIUS eminuit.
GENTIUS, in noſtro cujus doctrina Lycéo
Et Virtus, horto quod roſa pulcra, fuit.
Præmia nunc docto certamine digna mereri
Certus, cum multo dicit honore vale.

QUæ Creditorum jura ſint in pignore, quæ debitorum commoda, breviter doces, *Amice* GENZI. Fallor? annon præmium meriturus es? Non fallor: hoc induſtria morumque honeſtas pollicentur. En Themis Te noſtra dignum præmio pronuntiat!

Clariſſimo Dno. Candidato
Amicitiæ cauſa applaud.
Gerhardus von Stöffen/ U.J.D.
& Inſtit. Imper. P.P. Facult. Jurid.
h. t. DECANUS.

CLauſula *quid Iuris* facto *vel* Jure *notare*
In praxi ſoleat, Lemmata docta probant.
Gratulor: atque precor, GENZI, *quæ Gloria dudum*
Debita nunc facto, *Tî quoque* Jure *cedat.*

l. mq;. f.
Gothofredus Stöſserus U. J. D.
& Pand. Prof. Ord.

ÆStuat & ſudat miles generoſus in armis,
Et tandem victor præmia digna capit;
Æſtuat & feſſus jactatur Nauta per undas,
Sed tandem portum menſa carina ſubit;
Æſtuat & ſudat dum glebas frangit Arator,
Denique ſudores meſſis abunda legat.
Æſtu conſimili Themidos ſarta jura revolvens
GENTZIUS, hinc meritò ſcandit honoris iter.
Scilicet Eunomiæ qui fulgida caſtra ſequuntur,
Amplam ex conſcenſo palmam Helicone ferunt.
Gratulor his, voveo: cedant ad Jubila Cœli,
Tîque Tuisque decus! Gratulor his; voveo.

Gratulabundus hæc appoſuit
Carolus Fridericus Hertzog/ Dreſdenſis.

F I N I S.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA